性自認に従った性別で 取り扱われる権利について

——法令上の性別取扱いと社会生活上の性別取扱い——

古 谷 玲 緒

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

目 次

はじめに

第1章 性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利について

第1節 憲法13条と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利

第2節 特例法における4号要件についての検討

第3節 特例法におけるその他の要件についての検討

(1) 1号要件についての検討

(2) 2号要件についての検討

(3) 3号要件についての検討

(4) 5号要件についての検討

第2章 性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利について

第1節 憲法13条と性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利

第2節 具体的な場面における検討

(1) 公衆浴場についての検討

(2) トイレについての検討

おわりに

はじめに

2023年10月25日、最高裁大法廷は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という）3条1項4号について、違憲とする決定（以下「2023年決定」という）¹⁾を下した。

特例法は、「性同一性障害者」²⁾について法令上の性別変更を認める法律

である。家庭裁判所による法的性別変更の審判を受けるためには、特例法3条1項各号に定められた、18歳³⁾以上であること（以下「1号要件」という）、現に婚姻をしていないこと（以下「2号要件」という）、現に未成年の子がいないこと⁴⁾（以下「3号要件」という）、生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること（以下「4号要件」という）、その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること（以下「5号要件」という）のすべてを満たす必要がある。

これまで、最高裁を含めこれら5要件すべてについて合憲とされてきた⁵⁾が、2023年決定により4号要件が違憲と判断され、また「性同一性障害者」が「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」は「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」であるという認識が示されたことで、他の要件も含め、改めて議論が必要になっているといえよう。

とはいえ、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」が「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」であるとは具体的にどうということなのか、必ずしも明らかになっているとはいえないように思われる。また、それを踏まえたくえで法的性別変更の要件について検討することが課題であると考えられる。

さらに、「性自認に従った性別で取り扱われること」は法令上の性別取扱いに必ずしも限定されない。社会生活においては、法的性別を確認することなく性別による区分を行っている場面もあり、そこでも「性自認に従った性別で取り扱われる権利」やトランスジェンダーの性別取扱いは、法的性別における検討と同様に重要な論点となるはずである。

なお、トランスジェンダーという語は、男女二元論に限定されない広い意味でも用いられている⁶⁾が、本稿では、後述する「性同一性障害」の診断や性別適合手術等の医療的介入の有無にかかわらず、性自認が出生時に割り当てられた性とは別の性であるとの確信を持続的にもっている人、という限定的な意味で用いる。

以上を踏まえ、本稿では、第1章にて、2023年決定を手掛かりに、「性

自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」と憲法13条との関係を分析⁷⁾し、それを踏まえて性別変更要件を定める特例法3条1項各号について検討する。そして第2章では、社会生活上必ずしも法的性別による区分ではない性別取扱いを受けることが考えられる場面において、性自認に従った性別で取り扱われる権利を「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」として、憲法13条との関わりと、実際の社会生活における具体的な場面でのトランスジェンダーの性別取扱いについて検討する。

なお、本稿では、男女二元論そのものへの批判や、性別そのものを撤廃すべき等といった議論には踏み込まない。ジェンダーは多様であり⁸⁾、全ての人が個人として尊重される「性別」のあり方を探ることは重要な視点であるが、本稿では、特例法についての違憲決定である2023年決定を契機とし、あくまでも現在の日本における男女二元論を前提とした法制度、社会生活におけるトランスジェンダーの性別取扱いを課題とする。

また、特例法における法的性別変更要件の検討にあたっては、特例法2条が定める「性同一性障害者」に該当していることも実質的な性別変更要件（以下「2条要件」という）といえる。「性同一性障害」については、ICD-11⁹⁾において、「性別不合」¹⁰⁾という語に代わり、精神障害のリストからも外されている¹¹⁾が、本稿では、2条要件に該当する者という意味で「性同一性障害者」の語を用いることとする。

なお、2条要件に関して、諸外国では、法的性別変更診断書等の提出を必要とせず、本人の自己申告または性自認¹²⁾に基づく性別での生活実態を事実の十分な集積によって証明すればよいとする立法もみられ¹³⁾、日本でも議論¹⁴⁾されているところである¹⁵⁾。現行のガイドラインによると、「性別不合」の診断対象は、出生時に割り当てられた性と実感する性別に不一致があり、かつ「身体的な治療を希求する者」とされている¹⁶⁾が、「性別不合」の者が必ずしも身体的治療を望むわけではなく、また2023年決定で身体的治療を性別変更の要件とすることが問題視されたことから、身体的治療は望まずに法的性別変更を望む場合にも2条要件に該当すると

すべきであろう。本稿ではこの視点も踏まえながら論じていく。

第1章 性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利について

第1節 憲法13条と性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利

2023年決定において、宇賀克也裁判官による反対意見¹⁷⁾は、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、幸福追求にとって不可欠であり、憲法13条で保障される基本的人権といえる」と主張し¹⁸⁾、さらに「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利が憲法上の権利として認められるという見解は、我が国の学説において有力である」とも述べている。そこで、まずは学説における議論の展開をみていくこととする。

憲法13条について、通説は、前段で「個人の尊重」の理念を我が国の根本原則として定め、後段の「幸福追求権」規定は、憲法の個別条項により明示的に定められていない権利・自由を憲法上の権利として保障する根拠としての包括的な基本権規定であると解している¹⁹⁾。そして現在においては、いわゆる「新しい人権」として、14条以下の個別の権利規定の適用がない場合に補充的に適用されるものとして位置づけられている²⁰⁾。

憲法13条により保障される権利の内容やその範囲については学説によって異なる²¹⁾が、具体的には生命・身体に対する権利をはじめ、名誉権、氏名権、プライバシーの権利といった「人格価値そのものにかかわる権利」²²⁾あるいは「人格権」²³⁾、「自己決定権」²⁴⁾などが幸福追求権との関係で議論されている。

では、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」との関わりはどのように考えられているのだろうか。

特例法の制定当時から憲法13条によって性自認に関する権利が保障されていることを主張する見解として、嶋崎健太郎は、「ジェンダー・アイデ

ンティティは本人の意思によって左右できない個人のアイデンティティの中核にかかわるから、まさに憲法13条前段の『個人の尊重』の保護領域に属する」とし、「性転換手術²⁵⁾を受けるか、戸籍上の氏名や性別の変更をするかは、個人の意思が働さうから、13条前段の『個人の尊重』それ自体ではなく、後段の『幸福追求権』から導かれる自己決定権の問題となる」と述べている。そして、「真性の GID²⁶⁾の場合、自己認識と自己決定権は深く結びついており、『個人の尊重』原理の要請として、自己決定権に対する制約に対しては厳格な合憲性審査が必要」とであると主張する²⁷⁾。

また、國分典子は、「自らの性自認に従って性を決定する権利」を自己決定権との関係で論じている²⁸⁾。二宮周平も「性的自己決定権」が、「性に関することは、人間の人格に不可欠のことであり、本人の自己決定を第一に尊重するという権利として構成すべきであり、……、TG²⁹⁾が性別適合医療、さらには適合手術まで受けるか、TG が手術を受けないまま、性別取扱いの変更を選択するかなどについて、本人の自己決定に委ねられることを、権利として保障する」として特例法の各要件について批判的な検討を行っている³⁰⁾。

現在にかけては、「個人の尊重」原理を前提に、「自らの性自認に従った取扱いを受ける権利」が人格権として憲法13条で保障されるとする見解³¹⁾、「自己の自認する性に従って生きる権利」が自己の根本的な生き方の選択として憲法13条で保障される自己決定権に含まれるとする見解³²⁾、「性同一性は本条後段によって保障されるべき人格的利益に含まれると考えられることから、性別の取扱いを変更する審判の要件については、慎重な検討を要する」とする見解³³⁾、「自らの性同一性に適合する扱いを求める権利(性同一性適合扱い請求権)」が憲法13条で保障されるとする見解³⁴⁾など、その具体的な内容には若干の違いがあるが、性自認に関する権利として憲法13条で保障されるという見解が多くみられる。さらに、権利主体を必ずしも「性同一性障害者」に限定しておらず、法的性別変更の文脈に限定していない学説もある³⁵⁾。

私見として、性自認は憲法13条前段が掲げる「個人の尊重」理念と結びつくもの³⁶⁾といえ、「性自認に従った性別で取り扱われる権利」は「人格価値そのものにかかわる権利」あるいは「人格権」の一つとして、憲法13条で保障されるといえるように思われる。ただし、性自認も身体的性別も自らの意思で自由に決定できるものではないため、「性自認に従った性別で取り扱われる権利」は単なる自己決定権ではなく、性自認という人格的価値に基づく権利として位置づけるべきと考える³⁷⁾。

ところで、宇賀は、「性自認は多様であるので、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益といっても、その外延が明確性を欠くという議論はあり得るが、特例法2条が定義する性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益に限れば、その外延は必ずしも不明確とはいえない」として、その範囲について特例法を前提とする「法令上の性別の取扱い」に限定している³⁸⁾。この定義では、例えば経産省職員事件³⁹⁾において宇賀補足意見が述べた「自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益」は「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」には含まれず、具体的内容としては、性自認に合わせて法的性別を変更する権利や、その審判を受ける権利ということになる。

「自己の性自認に基づいて社会生活を送る利益」のような、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」に含まれない「性自認に従った性別で取り扱われる権利」については第2章で詳しく検討するが、少なくとも法令上の性別取扱いについては、この権利が「個人の尊重」を前提とした人格に密接する権利であり、これが制約される特例法の各要件についての検討にあたっては、厳格な合憲性審査を行うべきといえよう。

以上、2023年決定における宇賀反対意見をもとに、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」と憲法13条の関係について、学説の展開を踏まえて分析を行った。少なくとも宇賀のいう「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」は憲法上の権利であり、これを一つの軸として、特例法が定める性別変更要件についての合憲性をそれぞれ問ひ直

すことができよう。

そこで、次節では、2023年決定をもとに4号要件について、第3節では1、2、3及び5号要件について、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」と、前述した「性同一性障害」の脱病理化を前提にそれぞれ検討する。

第2節 特例法における4号要件についての検討

前述のとおり、特例法3条1項4号は「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」と定め、これを満たすためには、抗がん剤の投与等によって生殖腺の機能全般が永続的に失われているなどの事情のない限り生殖腺除去手術を受ける必要があるとされている⁴⁰⁾。

2023年決定は、まず「自己の意思に反して身体への侵襲を受けない自由（以下、単に「身体への侵襲を受けない自由」という。）」が、人格的生存に関わる重要な権利として、憲法13条によって保障されていることは「明らか」とした。そして、4号要件が要求する生殖腺除去手術は、「生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲」であり、「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性別変更審判を受けるためには、原則として同手術を受けることを要求するもの」であるとした。

また、「性同一性障害者とその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、……、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」であるとし、4号要件は、「治療としては生殖腺除去手術を要しない性同一性障害者に対して、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、同手術を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するもの」と述べた。

そのうえで、「本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法

13条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべき」という、よど号記事抹消事件最高裁判決⁴¹⁾と同様の比較衡量の基準を用いて検討された⁴²⁾。

4号要件の立法目的については、性別変更前の性別の生殖機能により子が生まれることによる親子関係等に関わる問題や社会の混乱の防止、長きにわたる生物学的な性別に基づく男女の区別の急激な形での変化を避けること等の配慮に基づくものとされる⁴³⁾。

この目的に対し、2023年決定は、まず性同一性障害者は社会全体から見れば少数であり、生殖腺除去手術を受ける者や生来の生殖機能により子をもうけることに抵抗感を有する者もいるであろうことから、「親子関係等に関わる問題が生ずることは、極めてまれなこと」と考えられるとした。また、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることができること、2008年の3号要件改正以降、成年の子がいる性同一性障害者が性別変更審判を受けた場合には、「女である父」や「男である母」の存在が肯認されることとなったが、現在までに混乱が社会に生じたとはいえないこと、「性同一性障害者」に関する理解の広がりや、その社会生活上の問題を解消するための取組等も社会の様々な領域において行われていることからすると、社会全体にとって予期せぬ急激な変化に当たるとまではいい難いとして、特例法の制定当時考慮されていた4号要件による制約の必要性は低減していると評価した。

次に、4号要件による具体的な制約の態様及び程度等について、「特例法の制定以降の医学的知見の進展」をもとに検討された。

2023年決定によれば、特例法制定当時、生殖腺除去手術を含む性別適合手術は段階的治療における最終段階の治療として位置付けられており、4号要件は「性同一性障害」についての必要な治療を受けた者を対象とする点で医学的にも合理的関連性を有していたが、現在では「どのような身体的治療を必要とするかは患者によって異なる」ものとされており、医学的

な合理的関連性も失われているという。

そして、4号要件による身体への侵襲を受けない自由に対する制約は、治療としては生殖腺除去手術を要しない「性同一性障害者」に対し、「身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るもの」になっており、また、目的を達成するために、医学的な合理的関連性を欠く制約を課すことは、他国の状況⁴⁴⁾も考慮すると、「制約として過剰」であるとした。

したがって、4号要件は、このような二者択一を迫るという態様により過剰な制約を課すものであるから、制約の程度は重大であり、身体への侵襲を受けない自由の制約については、現時点において、その必要性が低減しており、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものということはできず、憲法13条に違反すると判断した。

なお、4号要件については、2019年にこれを合憲とする最高裁決定⁴⁵⁾がある。この決定は、「身体への侵襲を受けない自由」を制約する面があることを認めた一方で、2023年決定と同様の判断枠組みを用いて、「現時点では」憲法13条、14条1項に違反しないと判断した。この決定における鬼丸かおる・三浦守両裁判官による補足意見は、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものということができ、性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいふべき重要な法的利益」と言及しており、結論は異なるものの、2023年決定はこの補足意見を継承したものとみられている⁴⁶⁾。

以上を踏まえると、まず「身体への侵襲を受けない自由」については、学説においても憲法13条で保障されているという見解に異論はないように思われるが、その射程は不明確であるとの指摘がみられる⁴⁷⁾。この点につ

き、4号要件が要求する生殖腺除去手術は、「生命又は身体に対する危険を伴い不可逆的な結果をもたらす身体への強度な侵襲」であり、「身体への侵襲を受けない自由」の侵害であるとされたが、例えば手術よりも軽度の医学的治療であるホルモン療法についても、「生命又は身体に対する相当な危険又は負担を伴う身体への侵襲」であるとの指摘がある⁴⁸⁾。

また、宇賀反対意見が指摘するように、4号要件は生殖に関する自己決定権であるリプロダクティブ・ライツの侵害という面でも「過酷な二者択一」を迫るといえる。宇賀は、リプロダクティブ・ライツも「憲法13条により保障される基本的人権と解してよい」と述べ⁴⁹⁾、「自己の生殖能力を喪失させる生殖腺除去手術を不本意ながら甘受しなければならないこと」は、「過剰な制約である」と指摘した⁵⁰⁾。

では、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」が憲法13条で保障されるとする立場からは、2023年決定はどう評価できるだろうか。

この点につき、前述のとおり、宇賀は「性同一性障害者が性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける利益は、憲法13条によって保障される」と述べているが、その制約の審査基準については言及していない。しかし、憲法上の権利である「身体への侵襲を受けない自由」と、こちらも憲法上の権利である「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」の二者択一となることから、宇賀の見解は厳格な合憲性審査が求められるということを示唆するものと考えられることもできよう。2023年決定においては、4号要件が「身体への侵襲を受けない自由」を侵害し憲法13条に反するという点に異論はないが、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」についてもより踏み込んだ検討が求められていたのではないかと思われる。

次節では、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」を前提に、1、2、3及び5号要件について順に検討する。

第3節 特例法におけるその他の要件についての検討

(1) 1号要件についての検討

特例法3条1項1号は、法的性別要件の一つとして「18歳以上であること」、つまり民法上の成年年齢に達していることを定めている。

立法理由としては、性別がその人の人格にかかわる重大な事柄であり、生殖不能等を法的性別変更の要件とすることからその変更が不可逆であるため、本人の慎重な判断を要することに加え、ガイドラインによる第3段階の治療（性器に関する手術）の条件が20歳以上⁵¹⁾であったこと⁵²⁾、年齢が若く生物学的に安定しない間は、性の自己意識も揺らぐ可能性があること等があげられている⁵³⁾。なお諸外国における法的性別変更制度をみると、日本と同様に年齢要件を成年年齢と一致させている例がある一方、成年を下回る年齢要件を設けていたり、未成年者も場合により性別変更を認めたりする法制度も存在する⁵⁴⁾。日本の学説においては、年齢を引き上げるべきとする説⁵⁵⁾と年齢についての要件自体を撤廃すべきとする説⁵⁶⁾がある。

私見として、まず、4、5号要件のような身体の変更に関わる医療行為を受けることを要する要件⁵⁷⁾を前提とすると、その行為自体に年齢による条件が求められていれば、特例法で改めて年齢要件を設置する必要はないと考える。身体への介入は、同意する能力のある成人については自己決定権の範囲内にあると考えることができるが、未成年の場合には身体への影響の大きさを踏まえ、制限がかかることはやむを得ないとされている⁵⁸⁾。ガイドラインも治療としての医療行為に年齢についての条件を設けており⁵⁹⁾、身体の変更において一定の年齢制限を設けることには合理性があるといえよう。

一方、身体への介入を求める要件が撤廃されれば年齢要件は不要との説⁶⁰⁾もあるが、若いうちは性の自己意識が揺らぐ可能性が指摘されていることから、あまりに幼いうちから性別変更を認めることには慎重な姿勢をとるべきだと考える。これを踏まえつつ、当事者が性別についての違和

感を認識する時期はそれぞれ異なる⁶¹⁾ことから、専門家の判断によりその都度法令上の性別変更を認めることにすれば、幼い当事者を守りつつ、性自認に関わる権利を尊重することができる考える。よって、1号要件のような一律の年齢制限ではなく、特例法2条による専門家の判断を要件とすることで十分であると思われる。

いずれにせよ、特例法において年齢に関する要件を設ける必要はないと考える。

(2) 2号要件についての検討

次に、「現に婚姻していないこと」と定める2号要件について検討する。

これは、夫婦の一方が法的性別変更をすることで「同性婚の状態という現行法秩序において解決困難な問題が生じてしまう」⁶²⁾ことを防ぐ、つまり同性婚の回避を目的としている。2020年の最高裁決定⁶³⁾は、2号要件を「現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくもの」としてその合理性を認め、国会の裁量の範囲内であると判断した。

同性婚を認めるべきか否かという点については、これを認める国も多い中、日本でも議論が活発に行われているが、本稿では、2号要件によって、婚姻している当事者が法的性別変更を望む場合には離婚をしなければならないという点に着目し、検討する。

この点につき、憲法24条1項は「婚姻する自由」を保障しているが、これは同時に「意に反して離婚を強制されない自由」についても保障すると解されており⁶⁴⁾、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けること」が憲法13条で保障されるとすると、婚姻している当事者が法的性別変更を望む場合、婚姻の自由という憲法上の権利か、性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという憲法上の権利のどちらかを放棄せざるを得ないという二者択一に迫られる。ここで前述の2023年決定の審査基準の枠組み⁶⁵⁾をもとに検討⁶⁶⁾すると、同性婚の回避という立法目的に対し、ここで発生する同性婚は例外的なものであり、法律上の問題が生じたとしても法令の解釈や立法措置によって解決可能である⁶⁷⁾という学説や、ドイツ

における事例⁶⁸⁾を踏まえて「同性婚を認めない状況において非婚要件が必須ということもできない」⁶⁹⁾とする学説等を踏まえると、2号要件による制約の必要性は必ずしも高くないといえよう。また、「婚姻秩序」を保護するという目的に対する手段としての妥当性に対する批判⁷⁰⁾も踏まえると、その合理性にも疑問があるといえる。

以上より、2号要件による憲法上の権利の制約については、必要かつ合理的なものとはいえず、憲法13条、24条1項に違反するものというべきだろう。

なお、現段階で2号要件を撤廃し、法的に同性婚の状態が発生すれば、同性間の婚姻が認められていないこととの整合性が問題となることが考えられる。この点につき、同性カップルが婚姻を締結できるかという問題と、婚姻締結時点では異性婚として問題なく認められていた当事者の性別変更に係る問題は異なるものとして扱うべきとの見解⁷¹⁾もみられるが、2号要件撤廃とともに同性婚の容認に向けても議論が進むことを期待したい。

(3) 3号要件についての検討

続いて、「現に未成年の子がいないこと」と定める3号要件について検討する。

特例法制定時には、「現に子がいないこと」という旧3号要件の立法目的について、男女という性別と父母という属性との間に不一致が生じることなどによる「子の福祉への影響や家族秩序の混乱を懸念する議論に配慮したもの」⁷²⁾とされた。2007年には、旧3号要件について「国会の裁量権の範囲を逸脱するもの」ではないとする2件の最高裁決定⁷³⁾が出されている。

現行の3号要件⁷⁴⁾についても、2021年の最高裁決定（以下、「2021年決定」という）⁷⁵⁾にて合憲と判断されたが、宇賀裁判官による反対意見は、「人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利」を侵害するとして憲法13条に反するとした。

そこで、この2021年決定における宇賀反対意見を参照し、3号要件につ

いて検討する。

宇賀はまず、立法目的について、現時点で成年の子については「『女である父』や『男である母』の存在は認められて」いることから、「家族秩序に混乱を生じさせることを防ぐ」という説明は、合理性の根拠としては「脆弱」であると指摘した。

さらに、未成年の子に対して「心理的な混乱や不安などをもたらしたり、親子関係に影響を及ぼしたりしかねず、子の福祉の観点から問題である」という説明の合理性についても、そもそも「心理的混乱は、いずれも外観の変更起因するもの」で、「外観と戸籍上の性別を一致させることに起因するものではない」といこと、親の性別変更については「未成年のほうが偏見なく素直にその存在を受け止めるケースがある」こと、「自分の存在ゆえに、親が性別変更ができず、苦悩を抱えていることを知れば、子も苦痛や罪悪感を覚えるであろうし、親も、……、子への複雑な感情を抱き、親子関係に影響を及ぼす可能性」があること、「戸籍公開の原則は否定されており、……、学校等における差別を惹起するという主張にも説得力がない」ことから、「漠然とした観念的な懸念にとどまる」とした。

加えて、「親の外観上の性別と戸籍上の性別の不一致により、親が就職できないなど不安定な生活を強いられることがあり、……戸籍上の性別の変更を制限することが、かえって未成年の子の福祉を害するのではないか」とも指摘した。

また、親子関係についても、「戸籍上の性別の変更を認めても、子の戸籍の父母欄に変更はなく、……、親権、監護権、相続権などにも影響を与えない」と説明し、社会的に少数である「性同一性障害者」の戸籍上の性別の変更が「我が国の大多数の家族関係に影響を与えるものでもない」ことから、「我が国の家族秩序に混乱を生じさせることを防止するために必要」という理由にも「十分な説得力を感ずることができない」と述べた。

以上より、3号要件は、憲法13条で保障された「人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利」を

制約する根拠として十分な合理性を有するとはいい難く、憲法13条に違反するものであると結論付けた。

ここで宇賀がいう「人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利」については、「その性別の実態」が具体的に何を基準としているかが不明確である⁷⁶⁾が、「性自認に従った法令上の取扱いを受ける権利」が憲法13条により保障されるとする立場からみると、やはり現行の3号要件はこの権利を制約する根拠としての合理性は疑わしく、憲法13条に反するものといえよう⁷⁷⁾。また、2023年決定により、4号要件が違憲無効とされ、性別変更前の性別の生殖機能により子をもうける可能性が出てきたことから、3号要件の必要性はさらに疑わしいものとなっている⁷⁸⁾。

(4) 5号要件についての検討

最後に、5号要件について検討する。ここでは、2023年決定において、4号要件についての検討枠組みを5号要件にあてはめて違憲を主張した三浦守裁判官による反対意見⁷⁹⁾をもとに論じていく。

特例法3条1項5号は「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること」と定め、三浦によれば、これに該当するためには、原則として、外性器除去術及び形成術又はホルモン療法を受ける必要がある⁸⁰⁾。

三浦はまず、5号要件が、治療としては外性器除去術等を要しない「性同一性障害者」に対しても法的性別変更をするためにはこれを受けることを要求するものであるとして、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を実現するために、外性器除去術等を受けることを余儀なくさせるという点において、身体への侵襲を受けない自由を制約するもの」とし、5号要件が「必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するか否かについては、5号規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を衡量して判断されるべき」と述べた。

5号要件の目的は、「例えば公衆浴場で問題を生ずるなど、社会生活上の混乱を生ずる可能性があることなどが考慮されたもの」⁸¹⁾である。これに対し三浦は、公衆浴場等における男女の区分は法的性別ではなく、各事業者が身体的な外観の特徴に基づく区分をしているものであり、これには相当の理由があるとした。また、5号要件がなくともただちにその規範が変更されることも考え難く、利用者が安心して利用できる状況の確保が可能であることから、社会的な混乱が生ずる可能性は低いなどとして、5号要件による「制約の必要性は、現時点において、相当に低い」と評価した。

そのうえで、4号要件における検討と同様に、「医学的知見の進展に伴い、治療としては外生殖器除去術等を要しない性同一性障害者に対し、身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度の若しくは相当な危険や負担を伴う身体的侵襲である外生殖器除去術等を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるという重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫るものになった」として「身体への侵襲を受けない自由の制約については、現時点において、その必要性が相当に低いものとなり、その程度が重大なものとなっていることなどを総合的に較量すれば、必要かつ合理的なものとはできず、5号要件は「憲法13条に違反する」とした。

2023年決定にあてはめれば、5号要件は4号要件同様「身体への侵襲を受けない自由」を制約するものといえ、「性自認に基づいた法令上の性別の取扱いを受ける権利」を前提にすると、どちらの権利も個人の人格的生存にとって重要であることから、その合憲性審査は厳格に行われるべきと考える。三浦は、5号要件がなくなっても、社会生活上の混乱がただちに生ずるわけではないといい、草野耕一裁判官による反対意見⁸²⁾も、5号要件が違憲とされても、市民の「自己の意思に反して異性の性器を見せられて羞恥心や恐怖心あるいは嫌悪感を抱かされることのない利益」が損なわれる可能性は極めて低いと主張する。5号要件が廃止された場合の社会生活上の男女区分については次章で詳しく検討するが、社会生活上の混乱

防止という抽象的な目的のために「身体への侵襲を受けない自由」や「性自認に基づいた法令上の性別の取扱いを受ける権利」への重大な制約を課している5号要件について、違憲となる可能性は高いように思われる。

以上、特例法3条1項各号について検討した。4号要件についてはすでに最高裁にて違憲とされているが、他の要件についても、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」を前提にすると、厳格な合憲性審査が求められ、違憲と考えられる。そして、今後の特例法のあり方については、「性同一性障害」に関する医学的知見の変化を反映させ、「性別不合」についての専門家の判定を前提にし、3条1項各号については削除する方向で検討が進められるべきであろう。また、特例法の改正という形だけでなく、「性別不合」に合わせた新たな法的性別変更についての立法を検討することも考えられる⁸³⁾。

第2章 性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利について

本章では、前章での検討も踏まえつつ、社会生活における性別による区分がなされる場面でのトランスジェンダーの性別取扱いについて、2023年決定における三浦、草野各反対意見と、法的性別変更をしていない「性同一性障害者」のトイレ利用が問題となった経産省職員事件⁸⁴⁾を手掛かりに検討する。

2023年決定における三浦反対意見⁸⁵⁾は、社会生活上の混乱の回避という5号要件の立法目的に対して、「浴室の区分は、……、各事業者の措置によって具体的に規律されるものであり、それ自体は、法令の規定の適用による性別の取扱い（特例法4条1項参照）ではな」く、前述のとおり実際には「性別に係る身体的な外観の特徴」による区分がされていると述べ、社会生活においては、公衆浴場をはじめ、必ずしも男女の区分が法的性別によるものではない場面があるとの見解を示した。多くの場合、性自認と

身体的性別、法的性別が一致しているために問題とならないが、法的性別変更制度のあり方についての議論と同時に、社会生活における性別区分が法的性別によるものではないことがあり得る場面でのトランスジェンダーの性別取扱いについても検討する必要に迫られているといえよう。

本節では、「性自認に従った性別で取り扱われる権利」の中でも、社会生活を送るうえで必ずしも法的性別ではない基準で性別の区分がなされる場面において「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」として検討する。

第1節 憲法13条と性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利

第1章第1節では、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」について、憲法13条で保障されるという見解を示した。前述のとおり、学説においては、「自己の自認する性に従って生きる権利」⁸⁶⁾のような「性同一性障害者」や法的性別変更の文脈に限定されない意味での「性自認に従った性別で取り扱われる権利」が憲法13条に含まれるとする見解があり、私見としても、性自認という自らの意思によって左右されない人格的価値に基づく権利として憲法13条で保障されるものと考ええる。

しかし、その内容や範囲についてはもう少し具体的な検討が必要であり、そのうえで、実際の社会生活上の性別取扱いにおいて、この権利が制約される場合についての分析を行うべきであろう。「性自認に従った性別で取り扱われる権利」が憲法13条で保障されるとする学説においても、木村草太は「自らの性同一性に適合する扱いを求める権利（性同一性適合扱い請求権）」は憲法13条で保障されるが、「身体的性や性別適合手術の有無を基準に男女を分ける必要がある場合もある」ため「絶対保障と解するべきではなく、「公衆浴場法などでは特別に性器外観要件での振り分けを行うなど、個別性の原則に則った対応が進むと思われる」⁸⁷⁾と、場面によっては性自認に従った性別での取扱いがなされないこともあり得る、との見解を示している⁸⁸⁾。

そこで、具体的な事例の一つとして、前述の経産省職員事件を取りあげたい。この事件では、特例法3条4、5号に該当せず、法的性別変更をしていないトランス女性⁸⁹⁾である原告について、職場（経産省）での女性用トイレの利用が制限され⁹⁰⁾、また自由に女性用トイレを利用させることを要求したものの認められなかったことが主な論点となった。この事件において、原告の「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」はどのように位置づけられたといえるだろうか。

最高裁判決⁹¹⁾は、原告に対するトイレ利用の制限を撤廃することを認めないとする人事院の判定が「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを乱用したのものとして違法となるというべき」と結論付けたが、原告の利益については、「自認する性別と異なる男性用のトイレを使用するか、本件執務階から離れた階の女性トイレ等を使用せざるを得ないのであり、日常的に相応の不利益を受けているといえることができる」と述べるにとどまった⁹²⁾⁹³⁾。

しかし、宇賀克也、長嶺安政、渡邊恵理子（林道晴裁判官が同調）各裁判官の補足意見が原告の利益についてそれぞれ言及している。

まず、宇賀補足意見⁹⁴⁾は、原告が性別適合手術を受けておらず、法的性別変更をしていないトランスジェンダーであることを踏まえ、「戸籍上はなお男性であっても、経済産業省には、自らの性自認に基づいて社会生活を送る利益をできる限り尊重した対応をとることが求められていたといえる」として具体的な検討を行い、本件におけるこの利益の制約は正当化できないと述べた。長嶺補足意見⁹⁵⁾も、「自認する性別に即して社会生活を送ることは、誰にとっても重要な利益であり、取り分けトランスジェンダーである者にとっては、切実な利益であること、そして、このような利益は法的に保護されるべき」とし、トイレ利用の制限をなお維持しようとした判定の妥当性を否定している。

渡邊補足意見⁹⁶⁾は、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性として、個人の人格的な生存と密接かつ不可分であり、個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることは重要な法益として、

その判断においても十分に尊重されるべき」ものであり、「性的マイノリティに対する誤解や偏見がいまだ払拭することができない現状の下では、両者間の利益衡量・利害調整を、感覚的・抽象的に行うことが許されるべきではな」として、原告と、トイレを利用する他の女性職員らの利益とその調整について、客観的、具体的な検討を行う必要があるとした。また、「重要な法益であっても、他の利益と抵触するときは、合理的な制約に服すべきことはいうまでもな」として、他者の利益との調整を図ること自体は否定されないことも強調している。

いずれも、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る利益」について、憲法上の権利であるとはしていないものの、特にトランスジェンダーについて、社会生活においても、性自認に基づく性別取扱いを受けることが重要な法益であるとして、必要に応じて他者の利益との調整を図りつつ、できる限り尊重されるべきとの認識を示している。

社会生活という他者との関わりが生じる場面においては、トランスジェンダーが性自認に基づいて法的性別を変更する場合と異なり⁹⁷⁾、性自認に基づく性別に基づく行為が他者に与える影響等を具体的にとりあげて、他者との利害調整について考慮する必要が生じる。「性自認に基づく社会生活を送る権利」が憲法13条で保障されると解しても、必要に応じて身体的外観等によって区分を行うことは許されると考えるべきであろう。その場合には、場面ごとに性別による区別の目的や合理性を検討し、トランスジェンダーの「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」が不合理に制約されない社会のあり方を探る必要がある。

そこで次節では、社会生活上の具体的な場面におけるトランスジェンダーの性別取扱いについて、個別に検討を試みることにする。

第2節 具体的な場面における検討

前節を踏まえると、トランスジェンダーの「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」について、性別適合手術や法的性別変更をしていない

トランスジェンダーについても、その利益ができる限り尊重されるよう図られることが求められ、他者の利益と相反する場合にはその都度具体的に双方の利益について検討し、調整を行うことが必要となろう。

社会生活において、法的性別ではない基準での性別が問題となりうる場面として、公衆浴場やトイレのほかにも、更衣室などの公共施設の利用や、職場、学校、刑務所での性別取扱い、スポーツや文書における性別の記載など、多様な場面が挙げられる⁹⁸⁾。このような場面において、トランスジェンダーの性別取扱いをどのようにするべきだろうか。本稿では、2023年決定、経産省職員事件をもとに、公衆浴場とトイレにおける性別取扱いを中心に検討する。

(1) 公衆浴場についての検討

公衆浴場の特徴として、2023年決定における三浦反対意見⁹⁹⁾も述べているように、「不特定多数人が裸になって利用する」という点が挙げられ、実際の利用においては、「証明文書等により法的性別が確認されることはなく、利用者が互いに他の利用者の外性器に係る部分を含む身体的な外観を認識できることを前提にして、性別に係る身体的な外観の特徴に基づいて男女の区分がされて」いる。つまり、公衆浴場における性別取扱いについては、法的性別は問題とならず、性自認に基づく性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていないトランスジェンダー、すなわち5号要件非該当者は、性自認に基づく性別での利用はできないということになる。

身体的外観を基準に男女の区分を行っていることについて、三浦は、「風紀を維持し、利用者が羞恥を感じることなく安心して利用できる環境を確保する」ためであり、「身体的な外観に基づく男女の区分には相当な理由がある」と述べている。しかし、これでは5号要件非該当のトランスジェンダーの「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」が実現されないことになる。この点についてはどのように考えることができるだろうか。

具体的な他者の利益について、2023年決定における草野反対意見¹⁰⁰⁾は、

5号要件の目的として、「自己の意思に反して異性の性器を見せられて羞恥心や恐怖心あるいは嫌悪感を抱かされることのない利益」（草野はこれを「意思に反して異性の性器を見せられない利益」としている）を保護することにある¹⁰¹⁾とし、「性器を公然と露出する行為が刑法174条の罪（公然わいせつ罪）に当たる」ことなどから、「意思に反して異性の性器を見せられない利益」は尊重に値する利益であると述べている。

これを踏まえると、公衆浴場において、5号要件を満たさないトランスジェンダーが性自認に基づいた性別で入浴した場合、他の利用者の「意思に反して異性の性器を見せられない利益」は侵害され、その抵抗感から、羞恥を感じることなく安心して利用できる環境の確保は難しくなるだろう。また、性自認そのものは客観的に目に見えるものではなく、通常は、証明文書等により法的性別が確認されることもないことから、異性の外観で入浴しようとする人がトランスジェンダーなのかを他の利用者が判断することも困難である。以上を考慮すると、公衆浴場が男女の区分を行っている目的に照らしても、身体的外観による男女の区分は維持されるべきと考えられる。

ところで、草野は、公衆浴場の管理者が、厚生労働大臣が各地方公共団体にする技術的助言¹⁰²⁾及びこれを踏まえた諸条例や当該許容区域の利用者の意見等を勘案した上で、ルールを利用規則として定める必要があることにも言及し、その中で、例えば5号要件非該当者について、日時や曜日を限って入場を許容することや、水着を着用することを条件として入場を許容することなどの措置をとることも可能であると述べている。身体的外観による男女区分には合理的理由があるが、公衆浴場の管理者が規則を定めるにあたって、トランスジェンダーも利用しやすいような運営のあり方を推進することも可能であると思われる。

(2) トイレについての検討

2023年決定における三浦反対意見が述べているように、トイレは「通常、他人の外性器に係る部分の外観を認識する機会が少なく、その外観に基づ

く区分がされているものではない」ため、公衆浴場のように外性器によって男女の区別を行う必要はないように思われる。では、どのような基準で男女の区分を行い、またトランスジェンダーについてはどう考えるべきだろうか。

現在のトイレにおける男女の区分について、その判定は「服装や髪型、化粧などの外見に依存するか、顔見知りであるかどうかによって依存する」¹⁰³⁾という指摘がある。つまり、利用者同士が顔見知りかどうかによって考え方が異なり、顔見知りでない場合には、外性器をはじめとする身体的外観ではなく、服を着た状態で、他者から見てどちらの性別に属しているように見えるか、という点が重要な基準となっているといえる。

また、2023年決定における三浦反対意見は、「利用者が安心して安全にトイレ等を利用できることは、全ての利用者にとって重要な問題であるが、各施設の性格（学校内、企業内、会員用、公衆用等）や利用の状況等は様々であり、個別の実情に応じ適切な対応が必要である」と述べており、その利用者や利用状況等を踏まえて個別に検討する必要があると考えられる。

そこで、以下では、職場や学校等にあるような利用者が限定されているトイレと、公共施設等にあるような不特定多数の人の利用が想定されるトイレに分けて、それぞれ検討する。

まず、利用者が限定されているトイレにおけるトランスジェンダーの性別取扱いについて検討する。この場合、それぞれが顔見知りであるか、利用者が限定されていることから、他の利用者に事情を説明することでトランスジェンダーの利用について理解を求めることが可能である。

経産省職員事件では、原告が執務する部署の職員に対し、トイレの利用を含め、原告の「性同一性障害」についての説明会が開かれたという¹⁰⁴⁾。このように、利用者が限定されている場合、他の利用者への配慮のもと、トランスジェンダーの「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」をできる限り尊重し、性自認に従った性別でのトイレ利用ができるよう図る

ことができる。

なお、経産省職員事件における原告は、性別適合手術こそ受けていないものの、女性として勤務しており、社会生活上、女性としてかなり認識されていた¹⁰⁵⁾という。トランスジェンダーの性別移行の状況や当事者が望む治療はそれぞれ異なり、多様であることから、全てのトランスジェンダーにおいて性自認に従った性別でのトイレ利用が認められることは難しいかもしれないが、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」を踏まえると、一律にその利用を制限するのではなく、他の利用者への説明や意見交換等を行ったうえで個別に判断することを管理者等に求めることができると思う。

しかし、その際には、プライバシーの問題¹⁰⁶⁾に注意しなければならない。一般に、トランスジェンダーに対するカミングアウトの強要やアウトティングは許されないものであり¹⁰⁷⁾、情報を公開する相手や範囲を最小限にすることや、公開に対する同意が確実な状態で公開するなど、その対応の慎重さが求められる¹⁰⁸⁾。

さらに、トランスジェンダーが性自認に従った性別のトイレを利用することについて、必ずしも他の利用者全員の同意が得られるとも限らない。この際の双方の具体的な利益調整については、今後の事例の蓄積によってさらに深められるべき論点であるといえよう。

次に、不特定多数の利用が想定されるトイレにおけるトランスジェンダーの性別取扱いについて検討する。利用者が不特定多数であるため、トランスジェンダーの利用について、他の利用者に説明し、全員の同意を得るということは現実的ではないように思われる。前述のとおり、このような場合には、「服装や髪型、化粧などの外見」¹⁰⁹⁾といった服を着た状態で判断できる要素によって男女の区分が基本的にはなされているといえる。

この点につき、外性器等、ある程度客観的な基準がある身体的要素とは異なり、服を着た状態での外見で性別を判断することの問題点が指摘されている。具体的には、男性らしい、女性らしいという「パス度」¹¹⁰⁾の判

断は主観的なものであり、また固定観念に基づくものであることや、さらに、同じ治療を受けたトランスジェンダーであっても、先天的な体格や骨格といった容貌の違いによって「パス度」が異なる可能性があるため、「パス度」の程度によって権利や法的利益の保護の範囲が異なるとすれば、それは見た目による不合理な差別ではないか、というもの¹¹¹⁾である。つまり、性自認に従った性別のトイレを利用するという「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」が「パス度」によって左右されることは望ましくないといえる。

したがって、公共施設等のトイレ利用においても、トランスジェンダーが性自認に従ったトイレを利用することを完全に禁止するのではなく、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」を前提に検討されるべきであるが、他の利用者が抱く性的羞恥心や安心して利用できる環境等への配慮も求められる。また、トランスジェンダーが身体的性別に従った性別のトイレを利用するにあたり、いじめやセクシュアルハラスメントの被害に遭うケース等も確認されている¹¹²⁾ことから、トランスジェンダーも安心してトイレを利用できる環境の確保も重要である。

以上を踏まえると、利用者が限定されているトイレの場合にもいえることだが、トランスジェンダーの性別取扱いを含めた男女の区分についてのルールやマニュアルを整備するとしても、トランスジェンダーの性別取扱いや男女の区分について何を基準とするかについては一律に設定することは難しく、施設の性格や利用状況を分析し、実際の利用者の意見等も踏まえて個別に検討するほかないように思われる。経産省職員事件最高裁判決における今崎幸彦裁判官の補足意見¹¹³⁾は、判決について、「トイレを含め、不特定又は多数の人々の使用が想定されている公共施設の使用の在り方について触れるものではない。この問題は、機会を改めて議論されるべきである」と述べている。特に不特定多数の人が利用するトイレについて、トランスジェンダーの性別取扱いをどのように考えるかということは今後議論されていくべき難題といえる。

また、トランスジェンダーについて、多目的トイレのような性別を問わず利用できるトイレを利用すればよいという考えもあり得る。この点につき、例えば国が補助金による支援を行うなどしてトイレの改修や増設を促進することも考えられよう¹¹⁴⁾。しかし、トランスジェンダーの「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」を尊重した社会のあり方を模索するにあたっては、トイレのような社会生活において極めて身近な場面におけるトランスジェンダーの性別取扱いについて、目をそらさずに議論することが求められているように思われる。

いずれにせよ、社会生活におけるトランスジェンダーの性別取扱いについては、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」を踏まえ、施設ごとにその性質や利用状況、他者との具体的な利害の調整を行いつつ、個別の事情を踏まえて検討する必要があるといえる。

また、特に5号要件との関連において、法的性別変更の要件緩和を先行した国では、公衆浴場やトイレのような性別で区分された施設において、女性用の施設が身体的には男性であるトランス女性への開放の要求にさらされている事例があることから、安易に法的性別変更を認めることへの懸念を示す見解¹¹⁵⁾もみられるが、前述のとおり、現状このようなスペースの利用者が法的性別を提示することはなく、性別区分の基準についてはその施設の性質や利用状況によって個別に検討されるべきであるため、法的性別変更の有無とは分けて考えるべきである。

おわりに

以上、「性自認に従った性別で取り扱われる権利」を切り口とし、トランスジェンダーにおける法的性別の取扱いと、法的性別ではない基準で男女区分がなされることもある社会生活上の性別取扱いについてそれぞれ論じた。

まず「性自認に従った性別で取り扱われる権利」について学説を整理し

たうえて、この権利が個人の尊重や人格の存在と結びつく権利として憲法13条にて保障されるとの私見を示した。そのうえで、法的性別については、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」が憲法13条で保障されることから、法的性別変更要件について厳格な合憲性審査が求められるとし、特例法3条1項各号が定める要件の検討にあたっては、特例法が法的性別変更の前提とする「性同一性障害」に関する医学的知見の変化や、4号要件が違憲とされた2023年決定を踏まえた議論も意識しつつ、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」が制約される各要件につき、違憲と考えられるとした。

一方、社会生活上の性別取扱いについて、例えば公衆浴場等、男女に区分される場面では、必ずしも法的性別によって区分されているわけではない。このような場面におけるトランスジェンダーの性別取扱いに関しては、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」についての検討を行った。前述のように、「性自認に従った性別で取り扱われる権利」を踏まえると、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」についても、同様に憲法13条で保障される権利であり、社会生活においてこの権利が制約される場面では、その性別区分の目的や必要性を確認したうえで、他者との利害調整を行うなど、個別具体的に慎重な検討を要するといえる。

そこで、公衆浴場とトイレを取りあげて、それぞれの場面における性別区分の合理性とトランスジェンダーの性別取扱いについて具体的に検討した。それぞれの検討からすれば、合理的な理由に基づく性別区分のもとで、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」が制約されることもやむを得ない場面は存在するが、その施設や他の利用者の状況に応じて、具体的、客観的な利益調整等を行うことが求められ、この権利が安易に制約されないよう、その都度具体的に検討していく必要があるといえる。その結果として、社会生活上の場面ごとに性別を区分する基準が異なることや、トランスジェンダーが法的性別とは異なる性別で取り扱われることもあり得るだろう。

なお、本稿では、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」が保障された法的性別変更制度のあり方と、「性自認に基づいた性別で社会生活を送る権利」が尊重される社会のあり方についての具体的な提示に至るまでは検討が及ばなかった。現行の特例法に代わる新たな法的性別変更制度のあり方について、そして施設利用等のマニュアルや施設等の運営を規律する立法のあり方についても、具体的な事例を重ねて段階的に形成されていくことが予想されるが、今後の議論に注目しつつ、引き続き検討していきたい。

また、本稿は男女二元論を前提とした検討にとどまり、検討の対象も、男女の二択において「性自認が出生時に割り当てられた性とは別の性であるとの確信を持続的に持っている人」という狭義のトランスジェンダーに限定した。しかし、性自認、性別の多様性を踏まえると、例えばノンバイナリー¹¹⁶⁾のような、本稿では対象とできなかった多様なジェンダー・セクシュアリティをもつ人たちの「性自認に従った性別で取り扱われる権利」や法的性別を含めた具体的な場面における性別取扱いについても検討されねばならない。性自認はトランスジェンダーに限らず、全ての人がもっている認識であり、全ての人の「性自認に従った性別で取り扱われる権利」が保障される法制度、社会制度のあり方についても、今後の課題とさせていきたい。

また、トランスジェンダーの性別取扱いをめぐる議論は、法的性別の持つ意味について改めて問いかけるものでもある。法的性別変更のハードルが下がり、それに関連する法制度が再整備されれば、例えば性別適合手術をしなくても法的性別変更をすることができるようになる。この場合には、社会生活においては必ずしも法的性別で取り扱われるのではなく、場合によっては身体的外観等によって性別の区分がなされることもあり得る。法的性別が持つ意味として、例えば婚姻制度において、現在日本では同性間の婚姻が認められておらず、法的性別が大きな意味を持っているが、同性婚の認容についても議論されているところであり、これが認められれば、

ますます法的性別そのものが必要とされる機会は少なくなる。性自認に基づく法的性別変更が認められる状況においてもなお法的性別という制度を維持することの意味についても検討が必要となるだろう。

- 1) 最大決2023年10月25日民集77巻7号1792頁。
- 2) 特例法が対象とする「性同一性障害者」については2条に定められており、「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者」で、「その診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する2人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致」している必要がある。
- 3) 成立時は20歳以上であったが民法の成年年齢の引き下げに伴い改正された。
- 4) 2008年に改正されるまでは「現に子がいないこと。」であった（本稿では「旧3号要件」という）。
- 5) 5要件すべてについて、東京高決2005年5月17日家月57巻10号99頁。2008年改正前の3号要件について、最決2007年10月19日家月60巻3号36頁、最決2007年10月22日家月60巻3号37頁。4号要件について、最決2019年1月23日集民261号1頁。2号要件について、最決2020年3月11日裁判所ウェブサイト。現行の3号要件について、最決2021年11月30日集民266号185頁。
- 6) 一般的には、「出生時に割り当てられた性別と、ジェンダーアイデンティティが異なる人たち」とされているが、現在、国連などでも採用されている用法として「割り当てられた性別に期待される姿で生きることをしない人々を幅広く包摂する言葉」という意味でも用いられている（周司あきら＝高井ゆと里『トランスジェンダー入門』（集英社、2023年）14、27頁）。
- 7) 憲法14条1項や24条2項との関係についても検討する必要があるが、本稿では最も活発に議論されていると思われる憲法13条との関係に絞って検討する。憲法14条1項や24条2項との関係にも触れている文献として、春山習「性同一性障害者特例法違憲決定について」早稲田法学99巻3号（2024年）378頁以下参照。
- 8) 例えば、性自認が男女どちらかに属さないジェンダーとして、「ノンバイナリー」が知られている。これは、「自身を女性でも男性でもない性別の存在として理解する人や、いかなる性別の持ち主としても自分を理解しない人、あるいは女性と男性の二つの性別の間を揺れ動いていると感じる人」の総称である（周司＝高井・前掲注（6）21頁）。
- 9) 世界保健機関（WHO）「疾病及び関連保健問題の国際統計分類〔第11版〕」（2019年5月採択）。
- 10) 「割り当てられた性（assigned sex）と実感する性別（experienced gender）の間に不一致がある場合に付けられる診断名」とされる（日本精神神経学会性別不合に関する委員会・日本GI（性別不合）学会「性別不合に関する診断と治療のガイドライン〔第5版〕」

性自認に従った性別で取り扱われる権利について（古谷）

- <https://www.jspn.or.jp/uploads/uploads/files/activity/gid_guideline_no5_20241016.pdf> (最終閲覧2024年12月2日) 14頁)。なお、「性別不合法に関する診断と治療のガイドライン〔第5版〕」(第4版以前は日本精神神経学会性同一性障害に関する委員会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」)について、本稿では「ガイドライン」という。
- 11) 「性別不合法」への変更とともに、「精神及び行動の障害」の章から「性の健康に関連する状態」の章に移された。詳細については、藤戸敬貴「法的性別変更に関する日本及び諸外国の法制度」レファレンス830号(2020年)84頁参照。
 - 12) 「ジョグジャカルタ原則(性的指向および性自認に関連する国際人権法の適用に関する原則)」(2006年)前文では、「身体に関する個人の感覚(自由選択の結果としての医学的、外科的または他の手段による身体的外観または機能の変更を含む)、ならびに、服装、話し方および動作などのその他のジェンダー表現のような、出生時に与えられた性と合致する場合もあれば合致しない場合もある、一人ひとりが心底から感知している内面的および個人的なジェンダー経験をいう」と説明されている(日本学術会議法学会委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会「性的マイノリティの権利保障をめざして(Ⅱ)——トランスジェンダーの尊厳を保障するための法整備に向けて——」<<https://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t297-4.pdf>>(最終閲覧2024年11月30日)21-22頁)。なお、性自認そのものは自分の意思で自由に決定できるものではないことに注意する必要がある。
 - 13) 「性同一性障害」の診断に関する諸外国の立法について詳しい文献として、藤戸・前掲注(11)95-97頁、日本学術会議法学会委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会・前掲注(12)41-52頁参照。
 - 14) 診断不要論については石嶋舞「性同一性障害者特例法の身体的要件の撤廃についての一考察」早稲田法学93巻1号(2017年)114頁以下など参照。診断を要件として残すべきという主張としては、安易な申し立てを防ぐとともに、目に見えない心の性別を医師の診断に委ねることによって「性同一性障害」の認定が客観的かつ確実に行われることを確保しているという見解(野間紗也奈「性同一性障害者の性別変更審判の要件の再検討」法政論叢56巻1号(2020年)52頁)や、性自認という物質的根拠の希薄な自己意識に従った性別に法的効果を包括的に発生させるのであれば、特例を認めるそれなりの理由が必要であり、それにあたるのが「性同一性障害」という客観的事実であるという見解(齊藤笑美子「判批」法学教室524号(2024年)39-40頁)がみられる。
 - 15) 私見として、医学的にみれば当然「性同一性障害」から「性別不合法」に変更されるべきであるが、特例法による法的性別変更は、性自認に法的性別を合わせることを目的であることを踏まえると、完全な自己申告ではなく、性自認の客観的な証明を要すべきと考える。そこで、生活実態の集積を条件にすると、「実態」が何を指すのかを改めて検討する必要があることから、専門家による「性別不合法」の認定を要件として残すことがよいのではないかと考えている。
 - 16) 日本精神神経学会性別不合法に関する委員会・日本GI学会・前掲注(10)14頁。
 - 17) 最大決2023年10月25日前掲注(1)1826頁以下。
 - 18) 法廷意見は、「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」と位置付けている。この点につき、「性同一性障害者にとってはその生活上重要なものである」というような社会

的な事象の説明のような説示」で、「憲法の保障する基本的人権の一つと位置付けられるような重要なものであるという評価付けは、少なくとも明示的にはしていない」という指摘がある(千葉勝美「判批」判例時報2583号(2024年)5頁)。

- 19) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)83、91頁〔土井真一執筆〕。
- 20) 同上99頁(土井執筆)、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第6版〕』(有斐閣、2024年)146-147頁。
- 21) 大きくは、幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」と解する「人格的利益説」と、他者の利益を害しないあらゆる行為の自由が幸福追求権の保護対象となると解する「一般の行為自由説」がある(高橋・前掲注(20)147頁参照)。学説の対立を詳細に紹介、検討している文献として、長谷部編・前掲注(19)99-107頁〔土井執筆〕参照。
- 22) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2021年)200頁。
- 23) 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権〔第8版〕』(有斐閣、2022年)283頁以下〔赤坂執筆〕。
- 24) 人格的利益説の立場からは、「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄」について公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利(高橋・前掲注(20)212頁)と解されるが、より広く「自己に関する事項について意思決定をする自由一般」(長谷部編・前掲注(19)137頁〔土井執筆〕)を意味することもある。
- 25) 日本精神神経学会は2002年より「性別適合手術」を正式名称としている(筆者注)。
- 26) 「性同一性障害者(Gender identity disorders)」の略(筆者注)。
- 27) 嶋崎健太郎「個人の尊重 性同一性障害者問題」法学セミナー593号(2004年)10-12頁。
- 28) 國分典子「性同一性障害と憲法」愛知県立大学文学部論集日本文化学科編52巻(2004年)9頁。
- 29) トランスジェンダーのこと(筆者注)。
- 30) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(3・完)——個人の尊厳と自己決定——」戸籍時報561号(2003年)28頁以下。
- 31) 曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利(2)」法学教室485号(2021年)80-81頁。
- 32) 高橋・前掲注(20)157-159頁。
- 33) 長谷部編・前掲注(19)137-138頁〔土井執筆〕。
- 34) 木村草太『憲法』(東京大学出版会、2024年)209-210頁。なお、木村はこれを絶対保障と解するべきではないとして「個別性の原則」を主張している。詳しくは第2章で言及する。
- 35) 憲法13条を根拠に、「性自認に従った法令上の性別の取扱いを受ける権利」と同趣旨の権利を認めるべきとする学説を整理している文献として、春山・前掲注(7)375頁以下参照。
- 36) 根本拓は、「自己認識における性に基づいた承認を法的及び社会的に受けるという利益」について、「性別」は現在の社会観念の下において人々のアイデンティティを規定する最も大きな要素の一つであり、自己認識における性に基づいた承認を受けることは「個人として尊重」されるために必要なものと整理している(根本拓「性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察」東京大学法科大学院ローレビュー6巻(2011年)112-113頁)。

性自認に従った性別で取り扱われる権利について（古谷）

- 37) 春山習「基本権としてのジェンダー・アイデンティティ」早稲田法学96巻1号（2020）79-82頁、春山・前掲注（7）377頁、根本・前掲注（36）112-113頁参照。
- 38) 春山・前掲注（7）371頁以下参照。春山は、宇賀がその権利内容を限定したことにより残った課題について詳細に検討している。
- 39) 最判2023年7月11日民集77巻5号1171頁。詳しくは第2章で取り上げる。
- 40) 野中伸子「判解」ジュリスト1595号（2024年）68頁。
- 41) 最大判1983年6月22日民集37巻5号793頁。
- 42) 春山・前掲注（7）352頁参照。
- 43) 立法当時は4号要件の目的として、「残存する元の性別の生殖機能により子が生まれるようなことがあれば、様々な混乱や問題を生じる」、「生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることで、身体的・精神的に何らかの好ましくない影響を生じる可能性を否定できないこと」が挙げられていた（南野千恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004年）93頁）。
- 44) 諸外国における4号要件に対応する要件の状況について、藤戸・前掲注（11）92-93頁、日本学術会議法学会委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会・前掲注（12）52頁参照。
- 45) 最決2019年1月23日前掲注（5）。
- 46) 河嶋春菜「判批」法学セミナー829号（2024年）42-45頁。
- 47) 春山・前掲注（7）366-367頁。
- 48) 最大決2023年10月25日前掲注（1）1803頁以下。なお、これは5号要件の合憲性について検討する場面での言及である。
- 49) リプロダクティブ・ライツについて、学説では、憲法24条2項との関連で論じられることもある（長谷部編・前掲注（19）514頁以下〔川岸令和執筆〕など）が、4号要件は家族の形成というよりも、子の出産に関わる生殖能力そのものの喪失が問題となっているため、憲法13条で検討するべきといえよう（春山・前掲注（7）368頁）。裁判においても、旧優生保護法についての訴訟にてリプロダクティブ・ライツが憲法13条によって保障される権利であると言及がみられる（仙台地判2019年5月28日判例時報2413・2414号3頁、東京地判2020年6月30日裁判所ウェブサイトなど）。
- 50) 2023年決定について、リプロダクティブ・ライツの観点から検討を行っている評釈として、森本直子「判批」新・判例解説 Watch34号（2024年）49頁、千葉・前掲注（18）7頁参照。
- 51) 2017年以降、性別適合手術の年齢については「成年に達していること」とされ、またホルモン治療は18歳（条件付きで15歳）以上、乳房切除は18歳以上であれば可能とされた（日本精神神経学会「『性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン〔第4版〕』一部改訂のお知らせ（2017.5.20）」〈https://www.jspn.or.jp/modules/advocacy/index.php?content_id=32〉（最終閲覧2025年1月14日））。
- 52) 当時参照されたガイドライン第2版（2002年）では、性同一性障害は①精神的サポート、②ホルモン療法、③性器に関する手術、と段階的治療の形がとられていた。第3版（2006年）以降は画一的な治療ではなく、当事者が自らの状況に合わせて治療を選択する

ものとされた。

- 53) 南野監修・前掲注 (43) 87-88頁。
- 54) 年齢要件についての諸外国の法制度について、藤戸・前掲注 (11) 85-88頁参照。
- 55) 例えば養子縁組の同意や遺言などは15歳が基準となっており、重大な身分行為がより低い年齢で認められていることから、特例法についても成年年齢とは切り離して検討し、より制限的でない年齢を設定すべきとする主張 (谷口洋幸「[理論編] 性自認と人権 性同一性障害者特例法の批判的考察」法学セミナー753号 (2017年) 51-52頁)、医療行為に対する本人の判断能力を考慮して、自己決定の尊重の観点から、15~16歳になれば可能としてもよいとする見解 (棚村政行「性同一性障害と法——民事法の立場から——」南野知恵子編『性同一性障害者の医療と法——医療・看護・法律・教育・行政関係者が知っておきたい課題と対応——』(メディカ出版、2013年) 290頁、未成年者の医療同意について丸山英二「小児の場合のインフォームド・コンセント」日本医師会 <<https://www.med.or.jp/dl-med/doctor/member/kiso/b03.pdf>> (最終閲覧2024年12月21日)) などがみられる。
- 56) 渡邊泰彦は、不可逆性の判断は心理的な判断が問題となるはずであり、性別違和と悩む未成年者がとることができる方法として、性別変更をあらかじめ排除する正当な理由はないと主張する (渡邊泰彦「性的自己決定権と性別変更要件の緩和」二宮周平編『性のあり方の多様性——一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して——』(日本評論社、2017年) 201頁)。
- 57) 例えばホルモン治療は手術ではない医療行為だが、ガイドライン〔第5版〕によれば18歳 (条件付きで15歳) 以上という年齢の条件が設定されている。
- 58) 齊藤笑美子「性的マイノリティの人権」愛敬浩二編『人権 I (講座 立憲主義と憲法学 [第2巻])』(信山社、2022年) 187頁。
- 59) 現在のガイドライン〔第5版〕では、性別適合手術は成年以上、ホルモン治療は18歳 (条件付きで15歳) 以上、乳房切除は18歳以上であれば可能とされている。
- 60) 渡邊・前掲注 (56) 200頁。
- 61) 例えば、岡山大学ジェンダークリニック受診者のうち、約9割が中学生までのうちに性別違和感を持っていたという指摘がある (中塚幹也「LGBTI 当事者のケアに向けた学校と医療施設との連携」三成美保編『教育とLGBTIをつなぐ——学校・大学の現場から考える』(青弓社、2017年) 89頁)。
- 62) 南野監修・前掲注 (43) 88頁。
- 63) 最決2020年3月11日前掲注 (5)。
- 64) 春山・前掲注 (7) 363頁。
- 65) 「本件規定が必要かつ合理的な制約を課すものとして憲法13条に適合するか否かについては、本件規定の目的のために制約が必要とされる程度と、制約される自由の内容及び性質、具体的な制約の態様及び程度等を較量して判断されるべき」(最大決2023年10月25日前掲注 (1))。
- 66) 松井茂記は、当事者の性別変更を求める権利の性質に照らしていわゆる厳格な審査基準を適用する可能性を示している (松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法——法律問題を読み解く35の事例』(有斐閣、2010年) 258-265頁参照)。建石真公子は、個人の尊厳、婚姻

性自認に従った性別で取り扱われる権利について（古谷）

の自由の観点から、最高裁決定が緩やかな合理性審査にて合憲と判断したことを批判している（建石真公子「判批（最決2020年3月11日裁判所ウェブサイト）」ジュリスト1557号（2021年）8頁）。

- 67) 春山・前掲注（7）364頁。
- 68) ドイツでは、非婚要件が削除される前に、婚姻している当事者の性別変更を認めた事例がある。この事例について詳述している文献として、清野幾久子「トランスジェンダーに係る憲法判例についての一考察——LGBTQ問題と憲法——」明治大学法科大学院論集26巻（2023年）15頁以下、春山・前掲注（37）48頁以下参照。
- 69) 渡邊泰彦「判批」新・判例解説 Watch27号（2020年）96頁。
- 70) 間接的な離婚強制の機能を有する2号要件はむしろ婚姻秩序を破壊しているという指摘（渡邊・前掲注（69）97頁）や、夫婦が同時に性別変更をすれば異性婚の状態が保たれるとして、そもそも立法としての完成度に疑問を呈する指摘（倉田玲「判批」法学セミナー789号（2020年）118頁）などがある。
- 71) 渡邊・前掲注（70）98頁参照。
- 72) 高井ゆと里編『トランスジェンダーと性別変更 これまでとこれから』岩波ブックレット1090号（2024年）23頁〔野宮亜紀執筆〕。制定当時の議論について、同24-26頁〔野宮執筆〕、gid.jp「性同一性障害特例法から『現に未成年の子がいないこと』条文の削除を求めます」<<https://gid.jp/opinion/option2018071601/>>（最終閲覧2024年11月4日）参照。
- 73) 最決2007年10月19日前掲注（5）、最決2007年10月22日前掲注（5）。
- 74) 2008年に改正されたが、その理由として、子がいる当事者等から改正の要望が出されている一方、その家族の一部からは慎重な検討を求める意見もあることを踏まえ、「子の福祉に配慮しつつ」性別変更を認めるものと説明された（2008年6月4日参議院本会議の遠山清彦議員、同6日衆議院法務委員会での浜四津敏子参議院議員の発言〔第169回国会参議院本会議第24号2008年6月4日4頁 <<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/116915254X02420080604/10>>、第169回国会衆議院法務委員会第15号2008年6月6日2頁 <<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/116905206X01520080606/2>>、いずれも最終閲覧2025年1月14日））。
- 75) 最決2021年11月30日前掲注（5）。
- 76) この点につき、松原俊介は、2021年決定が3号要件以外をすべて満たす性同一性障害者の事例であったことから、「医療的措置によって身体的に性別を変更した者、すなわち性別適合手術を受けた者であることを前提にして」おり、「性別適合手術を受けていない場合にこの権利の制約が認められるかは不明確」とであると指摘する（松原俊介「判批」法学セミナー807号（2022年）137頁）。
- 77) 中曾久雄は、「性自認に即して戸籍上の性別を是正する権利」が問題となっているとし、宇賀反対意見をもとに、「たとえ合理性の基準であっても3号要件は違憲となる」と述べている（中曾久雄「判批」新・判例解説 Watch31号（2022年）13頁）。
- 78) 齊藤・前掲注（14）41頁。
- 79) 最大決2023年10月25日前掲注（1）1803頁以下。
- 80) なお、5号要件は「近似する外観」という幅のある表現を用いており、手術によらずともホルモン療法の継続によって5号要件を満たす場合もあるという（野中・前掲注（40）

74頁)。2023年決定の差し戻し審である広島高判2024年7月10日判例集未登載では、5号要件について「他人が見て特段の疑問を感じない状態であれば足りる」として申立人の法的性別変更を認めている(「性別変更、手術なし認める『外観要件、手術必要なら違憲疑い』トランス女性訴え 広島高裁」朝日新聞2024年7月11日朝刊1頁)。

- 81) 最大決2023年10月25日前掲注 (1) 1803頁以下、南野監修・前掲注 (43) 93頁。
- 82) 最大決2023年10月25日前掲注 (1) 1820頁以下。
- 83) 日本学術会議法学会委員会は、特例法における性別変更要件についてそれぞれ検討したうえで、現行特例法を廃止し、性別記載変更の手続きに特化した新法を制定すべきと提言している(日本学術会議法学会委員会社会と教育における LGBTI の権利保障分科会・前掲注 (12) 4-12頁参照)。
- 84) 最判2023年7月11日前掲注 (39)。
- 85) 最大決2023年10月25日前掲注 (1) 1803頁以下。
- 86) 高橋・前掲注 (20) 157-159頁。
- 87) 木村・前掲注 (34) 209-211頁。
- 88) 社会生活における「性自認に従った性別で取り扱われる権利」については、例えば施設の事業者と利用者、利用者同士など、私人対私人の問題となることが考えられ、憲法上の権利についてはその適用についても検討する必要があるが、本稿では、公衆浴場法など、事業者による措置の基準を定める立法と当事者の権利との関係について検討する。
- 89) 性自認は女性、出生時の身体的性別は男性である。
- 90) 原告が勤務する執務室がある階から2階以上離れた階の女性用トイレであれば利用を認めるという処遇がとられていた。
- 91) 最判2023年7月11日前掲注 (39)。
- 92) この点につき、最高裁判決では「本件処遇が国家賠償法上違法であるか否かは争点となっていないため、必ずしもかかる点を明らかにする必要性がなかったことが影響しているものと考えられる」という指摘がある(宮端謙一「判解」ジュリスト1593号(2024年)89頁)。
- 93) 原告の利益について、第1審(東京地判2019年12月12日労判1223号52頁)は、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われており、個人の人格的な生存と密接かつ不可分のものということができ、「自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益」であるとしうえて、「トイレが……衛生的な社会生活を送るに当たって不可欠のものであることに鑑みると、……、その真に自認する性別に対応するトイレを使用することを制限されること」は、この利益の制約に当たるとして、トイレ利用についての要求を認めないことは違法とした。一方、第2審(東京高判2021年5月27日労判1254号5頁)は「自らの性自認に基づいた性別で社会生活を送ることや、個人がその真に自認した性別に即した社会生活を送ることができることという利益」について、「現代において個人の法的利益にあたり得るとしても、その具体的な内容や保護の在り方については、……、社会通念や利益調整を要する他の利益」、本件でいえば、「同一性障害者等のトイレ利用に係る社会通念や女性用トイレを利用する女性側の利益との調整を要することは当然である」と強調し、結論としても「裁量権の範囲を逸脱し、

性自認に従った性別で取り扱われる権利について（古谷）

又はその濫用があったとはいえない」とした。

- 94) 最判2023年7月11日前掲注(39)1177頁以下。
- 95) 同上1180頁以下。
- 96) 同上1181頁以下。
- 97) 2023年決定における宇賀反対意見は、「他者の権利侵害が、性同一性障害者の法的性別の変更に伴って生ずるとは考え難い」と述べている。
- 98) 根本拓は、個別具体的な場面として、刑務所、学校、公衆浴場、性別表記について、「性同一性障害者」の性別取扱いをそれぞれ検討している（根本・前掲注(36)121頁以下参照）。
- 99) 最大決2023年10月25日前掲注(1)1803頁以下。
- 100) 同上1820頁以下。
- 101) この利益を守るために5号要件を法的性別変更の要件とすることの合理性については第1章第3節にて検討している。
- 102) 厚労省による助言は、「男女とは、風紀の観点から混浴禁止を定めている趣旨から、身体的な特徴をもって判断するものであり、浴場業及び旅館業の営業者は、例えば、体は男性、心は女性の者が女湯に入らないようにする必要があるものと考えています」としている（「公衆浴場や旅館業の施設の共同浴室における男女の取扱いについて」2023年6月23日付薬生衛発0623第1号）。
- 103) 三成美保「人権としてのセクシュアリティートランスジェンダーの法的性別変更を中心に」追手門法学1号（2024年）130頁。
- 104) 井川志郎「判批」法学セミナー826号（2023年）114頁。
- 105) 立石結夏「判批」法学セミナー824号（2023年）62頁。
- 106) 詳細について、安藤均「トランスジェンダーの性自認に関する人権を考える」旭川大学経済学部紀要79・80合併号（2021年）88-90頁参照。
- 107) カミングアウトやアウティングについて憲法論を軸に検討する文献として志田陽子「LGBTと自律・平等・尊厳——なぜ憲法問題なのか」法学セミナー753号（2017年）60-63頁参照。志田は、権利を主張するためにはカミングアウトが必要であるという当事者が抱える矛盾についても触れている。
- 108) 経産省職員事件最高裁判決において今崎幸彦裁判官もこの点を指摘している（最判2023年7月11日前掲注(39)1185頁以下）。
- 109) 三成・前掲注(103)130頁。
- 110) 「『パス度』とは、自認する性別として認識され、社会に通用する度合いを指す言葉である」（立石結夏=石橋達成「『女性らしさ』を争点とするべきか トランスジェンダーの『パス度』を法律論から考える」法学セミナー796号（2021年）49頁）。
- 111) 同上49-54頁は、トランスジェンダーの外見を争点にすることの問題点について、裁判例を取りあげながら詳細に検討している。
- 112) 三成・前掲注(103)131頁。
- 113) 最判2023年7月11日前掲注(39)1185頁以下。
- 114) 三成美保は、トランスジェンダーの施設利用に関して、「施設・設備の改修・改善を先

決課題とすべき」として、「そのための補助金制度を整備することが先決」であると主張するが、現実的には多目的トイレが障害者等の利用を念頭に置いていることから、「トイレ設置者ごとの個別の判断が尊重されるべき」と述べている（三成・前掲注（103）129-130頁）。

- 115) 齊藤・前掲注（14）42-43頁。
- 116) 前掲注（8）参照。